

Le juge apprécie

Mélanges en l'honneur de Bénédict Foëx

Édité par

Marie-Laure Papaux van Delden

Sylvain Marchand

Frédéric Bernard



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2023

Tables des matières

Avant-propos	VII
Laudatio	IX
Sommaire	XIII

Hommage au Doyen Bénédicte Foëx	1
--	----------

3 conditions de constitution, 2 voies possibles pour constituer, 1 droit de gage général, 0 pouvoir d'appréciation	5
---	----------

Introduction.....	5
I. Les postulats préalables.....	6
A. Le droit de gage général	6
B. L'acquisition dérivée d'un droit réel en trois étapes strictes.....	7
C. La possession du créancier gagiste comme arbitre des deux manières de constituer	7
II. La constitution du gage général sur un objet déjà en mains du (futur) créancier gagiste.....	8
A. Le titre d'acquisition : le contrat de gage général	8
B. L'acte de disposition : le contrat réel.....	9
C. L'acte matériel : le transfert de la possession par <i>brevi manu traditio</i>	10
III. La constitution du gage général sur un objet non encore en mains du (futur) créancier gagiste.....	12
A. Le titre d'acquisition : le contrat de gage général	12
B. L'acte de disposition : le contrat réel, anticipé.....	12
C. L'acte matériel : le transfert de la possession par remise de la chose	13
Conclusion	14
Bibliographie	16

Droits fondamentaux et contrôle juridictionnel du respect de la proportionnalité	19
---	-----------

I. La proportionnalité dans la garantie des droits fondamentaux.....	20
II. La mise en œuvre de la proportionnalité par les tribunaux	21
III. Le pouvoir d'appréciation des tribunaux	23
IV. Sortir de la proportionnalité ?	25
Conclusion	27

Le pouvoir d'appréciation du juge en matière de responsabilité du propriétaire d'immeuble à la lumière d'exemples choisis	29
--	-----------

Introduction.....	29
I. L'excès du droit de propriété.....	30

A.	Les immissions excessives et leur sanction	30
B.	L'appréciation du caractère excessif de l'immission	32
C.	Les rapports avec le droit public	33
II.	L'exercice du pouvoir d'appréciation du juge à l'exemple de quelques arrêts cantonaux choisis	35
A.	Les immissions « sensorielles » positives et négatives	35
1.	Les bruits d'impact et les bruits aériens intolérables provenant d'un appartement voisin	35
2.	La privation de lumière par l'ombre portée et les autres nuisances causées par des arbres	38
3.	Les immissions idéales dues aux antennes de téléphonie mobile	39
B.	Les immissions provenant d'un chantier de construction voisin	40
1.	Les travaux de transformation et de rénovation ayant une incidence sur l'activité commerciale	40
2.	Les vibrations générées par la démolition d'une villa existante et par une nouvelle construction	41
	Conclusion	42
	Bibliographie	43

La perle, le tribunal et la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits		45
I.	En guise d'introduction	45
II.	Le pouvoir d'appréciation, une porte ouverte à l'arbitraire ?	47
III.	Le pouvoir d'appréciation et la LRFP	49
	Conclusion	55
	Bibliographie	57

Le prêt sur gage et la protection sociale		61
	Introduction	62
I.	Le prêt sur gage	62
II.	La fortune et la protection sociale	63
A.	En général	64
B.	La fortune mobilière en particulier	65
1.	Dans le régime des prestations complémentaires	65
2.	Dans l'aide sociale	66
III.	L'interférence du prêt sur gage avec les prestations sociales	66
IV.	Quelques réflexions	68

Quand le juge n'apprécie rien. Révolutions et réduction des prérogatives des juges en France et à Genève à la fin du XVIII^e siècle		71
	Introduction	71
I.	Les Lumières et la Révolution française	72
A.	Le pouvoir des juges sous l'Ancien Régime	72
B.	La critique des Lumières et la recherche du légalisme	73
C.	Les réformes révolutionnaires en France	75
1.	La création d'un juge-automate	75

2.	L'instauration du référé législatif.....	78
II.	Le droit révolutionnaire à Genève.....	79
A.	Les propositions réformistes de Julien Dentand	80
B.	Les projets et réalisations révolutionnaires.....	84
1.	Les premiers travaux sur un code pénal genevois	84
2.	Le « jury d'équité » comme palliatif à la rigidité du système pénal.....	85
3.	La réforme constitutionnelle de 1796	88
	Conclusion	89
	Bibliographie	91

Le rôle du juge dans l'architecture du fédéralisme suisse.....95

	Introduction.....	95
I.	Le fédéralisme.....	96
II.	L'architecture du fédéralisme suisse	98
III.	La compétence de la Confédération en droit privé	99
IV.	La nature des conflits et le rôle du juge	100
V.	Les compétences cantonales	103
VI.	La sanction de la répartition des compétences	104
VII.	Le Code civil et le Code des obligations	106
VIII.	Le Code de procédure civile	108
IX.	Le droit de la poursuite pour dettes.....	111
	Conclusion	112

Le pouvoir d'appréciation du juge pénal : une approche débridée.....113

I.	Le juge bridé.....	113
A.	Méfiance à l'égard des juges ?.....	113
B.	Le moteur débridé	114
C.	Tenu à la bride.....	116
II.	Le juge débridé	118
A.	Exécution des sanctions : toujours plus de juge et de judiciaire.....	118
B.	Mais le débridage est partiel et remis en cause	121
	Conclusion	123

Droits-valeurs inscrits : définition et « transfert »125

	Introduction.....	125
I.	Les éléments constitutifs d'un droit-valeur inscrit.....	126
A.	Généralités - droits-valeurs inscrits vs. <i>token</i>	126
B.	« Tout droit »	127
C.	La convention d'inscription (« <i>Registrierungsvereinbarung</i> »).....	130
D.	Les conséquences en cas d'échec de la création de droits-valeurs inscrits.....	131
II.	Le transfert par acte juridique de droits-valeurs inscrits (« <i>rechtsgeschäftlich</i> »).....	131
A.	Nature juridique d'un droit-valeur inscrit et objet de l'acte de disposition.....	132

B.	Le transfert selon l'art. 973f al. 1 CO	134
C.	Contenu minimum d'une convention d'enregistrement pour le transfert de droits-valeurs inscrits.....	137
D.	Questions de priorité.....	137
	Conclusions	139
	Bibliographie	141

L'embryon, une personne ou une chose ?.....143

I.	L'embryon n'est pas une personne.....	144
A.	L'embryon au regard de la loi.....	144
B.	L'embryon, un « enfant conçu » ?.....	144
C.	L'embryon, protégé par le droit à la vie ?	146
D.	L'embryon, protégé par la dignité humaine ?	148
II.	L'embryon <i>in vitro</i>	150
A.	L'embryon <i>in vitro</i> , au cœur de la société.....	150
B.	La sélection des embryons.....	152
C.	La conservation d'embryons	153
D.	Le don d'embryons pour la recherche.....	154
	Conclusion	157

Les conclusions dans les actions réelles : aspects choisis d'un exercice d'équilibriste159

	Introduction.....	159
I.	Généralités.....	159
A.	Les actions réelles.....	159
B.	Les conclusions.....	161
II.	Aspects choisis.....	162
A.	La nature des conclusions.....	162
B.	Le degré de précision	165
1.	Remarque liminaire.....	165
2.	L'action en partage de la copropriété (y compris le mode de partage).....	165
3.	Les actions en raison du trouble (en cessation ou en prévention du trouble).....	166
4.	Les actions portant sur le déplacement ou l'octroi d'une servitude	168
C.	Le paiement d'une indemnité	170
1.	La nécessité de conclure en octroi d'une indemnité.....	170
2.	Le chiffrage de l'indemnité	173
	Conclusion	174
	Bibliographie	175

Du pouvoir d'appréciation des juges : limites au droit des parents de choisir le prénom de l'enfant.....179

	Introduction.....	179
I.	Le nom de famille des époux et sa transmission	180
A.	Principes.....	180

B.	Inégalité patronymique.....	182
II.	Le choix du ou des prénoms de l'enfant.....	183
A.	Principes.....	184
B.	Limites.....	185
1.	Analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral.....	186
a)	Critères essentiels issus de la jurisprudence fédérale.....	186
b)	Critère lié au risque de confusion dans la jurisprudence fédérale.....	189
2.	Analyse de la jurisprudence cantonale.....	191
3.	Analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.....	193
	Conclusion.....	195
	Bibliographie.....	196

L'action réelle en démolition.....199

I.	En guise d'envoi.....	199
II.	Les fondements d'une action réelle en démolition.....	200
A.	Le droit de propriété : art. 641 CC en droit fédéral.....	200
B.	L'excès de la propriété du fonds voisin : art. 679 CC.....	201
C.	L'action en démolition de l'ouvrage contraire à la servitude.....	202
D.	L'action en démolition du droit privé cantonal.....	202
III.	La problématique de la démolition ordonnée par le juge.....	204
A.	Démolition de droit privé et démolition de droit public.....	204
B.	La jurisprudence fédérale sur la « publicité naturelle ».....	205
C.	L'obstacle dirimant.....	208
IV.	Vers une solution moins dangereuse et plus systématique.....	208
	Bibliographie.....	210

Le pouvoir d'appréciation du juge en relation avec la libération judiciaire des servitudes.....213

	Introduction.....	213
I.	Les fondements.....	214
A.	Le contexte.....	214
B.	Les principes sous-jacents.....	215
1.	L'utilité comme condition d'existence de la servitude.....	215
2.	Le principe de la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit.....	216
3.	L'exactitude du registre foncier.....	217
C.	Les actions en libération judiciaire d'une servitude.....	217
1.	Les conditions d'application des actions en libération judiciaire des servitudes.....	217
2.	Les relations entre les deux actions de l'art. 736 CC.....	219
3.	Les effets et la nature controversée des actions en libération judiciaire.....	220
4.	Le fardeau de la preuve en lien avec l'appréciation du juge.....	220
II.	L'intérêt déterminant pour l'appréciation du juge.....	221

A.	Les caractéristiques de l'intérêt déterminant.....	222
1.	L'intérêt initial.....	222
2.	Le maintien de l'intérêt initial.....	222
3.	La perte ou la diminution définitive de l'intérêt initial.....	223
4.	Le moment de l'appréciation.....	224
B.	La prise en compte des intérêts personnels du titulaire de la servitude.....	225
1.	L'intérêt du propriétaire du fonds et non l'utilité pour le fonds.....	225
2.	L'intérêt personnel du bénéficiaire de la servitude.....	225
3.	La nécessité de ne retenir qu'un intérêt raisonnable.....	226
4.	L'impossibilité de déterminer les intérêts des parties.....	226
III.	Les cas de perte d'intérêt au sens de l'art. 736 al. 1 CC, illustrés à l'aide d'exemples.....	227
A.	La servitude sert un autre intérêt que celui pour la satisfaction duquel elle a été constituée.....	227
B.	Un autre moyen permet de satisfaire le but poursuivi par la servitude.....	228
C.	Le bénéficiaire de la servitude n'a plus d'intérêt raisonnable à l'exercice de la servitude.....	229
D.	L'exercice de la servitude est devenu impossible.....	230
IV.	Les cas de disproportion entre l'intérêt et la charge au sens de l'art. 736 al. 2 CC, illustrés à l'aide d'exemples.....	231
A.	La diminution de l'intérêt.....	231
B.	L'aggravation de la charge.....	232
V.	La mise en œuvre du pouvoir d'appréciation conféré au juge.....	234
A.	Un large pouvoir d'appréciation du juge.....	234
B.	L'appréciation du juge en vue de déterminer l'intérêt servi par la servitude.....	235
C.	L'appréciation du juge en vue de déterminer les effets de la libération.....	236
	Conclusion.....	237
	Bibliographie.....	238

Et le juge apprécie... L'interprétation de la notion de bonne foi de l'art. 3 du Code civil lors de l'acquisition d'un objet d'art volé.....241

I.	L'évolution de la notion de bonne foi dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.....	242
A.	Une collection d'armes anciennes (1996).....	242
B.	Un manuscrit de Sade (1998).....	242
C.	Deux pièces d'or (2005).....	242
D.	Un tableau de Malevitch (2013).....	243
II.	Évaluation critique.....	243
A.	L'exportation illicite comme élément de la mauvaise foi.....	244
B.	Le sens des accords bilatéraux mettant en œuvre la LTBC.....	244
III.	Influence du droit international et européen.....	245
A.	La Convention d'UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés.....	246
B.	La Directive européenne de 2014.....	249
C.	La Convention européenne de 2017 sur les infractions visant les biens culturels.....	249
	Conclusion.....	250

« Gare à cette clause ! », ou pourquoi les conditions résolutoires et les prétentions réelles en restitution ne font pas bon ménage	253
I. Une grand-mère aimante et des parents cupides : l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_71/2022 du 14 septembre 2022.....	254
A. Les faits.....	254
B. Le droit	255
II. Pour qu'une chose soit intéressante, il suffit de la regarder longtemps.....	256
A. L'attention exigée par les circonstances	256
1. Le marché de l'art comme domaine à risque	256
2. L'attention exigée par les circonstances lorsque l'aliénateur réserve son pouvoir de disposition	259
3. L'attention exigée par les circonstances en cas de transfert de la possession par constitut possessoire.....	261
B. Une clause ambiguë.....	263
1. Une clause de délimitation de l'objet du contrat ?	263
2. Une condition résolutoire.....	264
a) Le contrat soumis à condition résolutoire	264
b) La restitution des prestations après l'avènement d'une condition résolutoire	264
c) Une clause peu efficace	268
Bibliographie	269

Droit foncier rural : le pouvoir d'appréciation du juge.....273

Introduction.....	273
I. Champ d'application de la LDFR	274
A. L'entreprise agricole	274
B. L'immeuble agricole	276
1. L'assujettissement LDFR	276
2. L'usage objectivement agricole	276
3. L'usage subjectivement non agricole.....	277
4. Le déclassement d'une parcelle agricole.....	277
C. L'exploitant à titre personnel	279
1. La qualité de l'exploitant à titre personnel	279
2. Les qualités du conjoint et d'une tierce personne	279
3. La qualité d'exploitant à titre personnel d'une personne morale.....	279
II. Droit légal à l'attribution de l'héritier	280
III. L'acquisition pour justes motifs par un non exploitant à titre personnel	281
Conclusion	283
Bibliographie	284

Le/la professeur/e apprécie : essai sur les ressorts psychologiques de l'épistémologie du droit

I. Réalisme épistémologique en droit	289
A. De la connaissance directe et objective du droit aux choix de l'observateur	291
B. Exclusion des émotions et autres ressorts psychologiques	297

II.	Ressorts psychologiques dans la production du savoir juridique	301
A.	Le besoin de certitude, la peur de la mort.....	302
B.	Le besoin d'appartenance, la peur de l'exclusion	304
C.	Le besoin de reconnaissance	307
D.	Le besoin de travailler dur.....	308
	Conclusion	310
	Bibliographie	311

Le juge administratif n'apprécie pas315

	Introduction	315
I.	Où la théorie cherche la simplicité.....	316
A.	La position particulière des tribunaux administratifs.....	316
B.	Les conséquences sur leur pouvoir d'examen.....	317
1.	Un pouvoir d'appréciation conféré à l'administration.....	317
2.	Un pouvoir de contrôle conféré au juge.....	319
II.	Comment compliquer les choses	324
A.	L'inutile distinction entre liberté d'appréciation et latitude de jugement.....	324
B.	L'impossible contrôle judiciaire de l'opportunité.....	326
1.	Une obligation inopportune éludée.....	326
2.	Des concepts fuyants	328
	Conclusion	330
	Bibliographie	332

Le pouvoir du juge d'apprécier le dommage d'investissement (art. 42 al. 2 CO)333

	Hypothèse passive.....	336
	Placement alternatif.....	337
	Placement alternatif spécifique ou générique ?.....	339
	Bibliographie sélective	342

Contrevenir à l'intérêt public à la densification au moyen d'une servitude - la mauvaise foi paie-t-elle ?345

	Introduction.....	345
I.	L'ère de la densification intérieure	346
II.	Les manœuvres de contournement	347
III.	L'illicéité du contenu de la servitude	348
A.	Le respect de l'ordre juridique	348
B.	Un filet aux mailles trop lâches.....	349
1.	À quel moment constituer une servitude devient-il illicite ?	349
2.	Quand la servitude menace une norme ouverte de droit public - <i>quid</i> ?	351
3.	Quelle est la sanction en cas de constitution unilatérale ?	351
IV.	L'abus de droit	352
A.	La notion	352

B. Le but de l'institution de la servitude	353
C. En tant que bête noire des propriétaires fonciers.....	353
V. Le droit public comme moyen de dissuasion	355
Conclusion	356
Bibliographie	357